



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

## XDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1 OURENSE

SENTENCIA: 00116/2017

-

Modelo: N11600  
C/VELAZQUEZ S/N 4ª PLANTA

Equipo/usuario: MP

N.I.G: 32054 45 3 2017 0000143

Procedimiento: PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000067 /2017 /

Sobre: ADMON. AUTONOMICA

De D/Dª: xxxx

Abogado: CARMEN FATIMA BUJAN PEREZ

Procurador D./Dª:

Contra D./Dª DIRECCION XERAL DE RECURSOS HUMANOS DO SERGAS

Abogado: SERGAS

Procurador D./Dª

**Materia:** Personal. SERGAS. Abono de guardias a doctora en situación de baja maternal. Garantía de indemnidad retributiva.

**Cuantía:** Indeterminada, inferior a 30.000 euros.

## SENTENCIA

**Número:** 116/2017

Ourense, 14 de junio de 2017

Visto por D. Francisco de Cominges Cáceres, magistrado del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Ourense, el **PROCEDIMIENTO ABREVIADO 67/2017** promovido por Dª **xxx xxx xxx**, representada y defendida por la Letrada Dª Fátima Buján Pérez; contra el **SERVIZO GALEGO DE SAÚDE** de la XUNTA DE GALICIA (SERGAS), representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos Dª Patricia Rial Seoane.

### ANTECEDENTES

**1º.-** El 27 de marzo de 2017 Dª **xxx xxx xxx** interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de 6 de febrero de 2017 de la Directora Xeral de Recursos Humanos del Servizo Galego de Saúde de la Xunta de Galicia (SERGAS) desestimatoria del recurso de alzada presentado contra la resolución de 28 de septiembre de 2016 del Director de Recursos Humanos de la Xerencia de Xestión Integrada de Ourense, Verín e o Barco de Valdeorras que a su vez desestimó su solicitud de abono de las guardias correspondientes a dos períodos del año 2012 en las se halló en situación de incapacidad temporal por, respectivamente,

riesgo durante el embarazo y baja maternal (expte. Lap 10-1090/2016).

En el "suplico" final de su Demanda solicitó se dicte sentencia en la que, además de anularse la resolución impugnada, se le reconozca el derecho a: <<percibir el prorrateo/subsidio de guardias devengado durante los períodos en que estuvo de baja a consecuencia de la maternidad. -desde el 20.6.2012 al 15.7.2012, baja por riesgo durante el embarazo. -del 16.7.2012 al 4.11.2012, baja maternal, condenando al SERGAS a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la actora el prorrateo/subsidio de guardias de referencia>>.

**2º.-** El día 6 de junio de 2017 se celebró la vista oral del juicio. En ella la Administración recurrida se opuso a la demanda solicitando la íntegra desestimación del recurso, con condena en costas a la recurrente.

Se practicó prueba documental y trámite de conclusiones, quedando el juicio visto para sentencia.

**3º.-** La cuantía del litigio se estableció en indeterminada inferior a 30.000 euros, previa audiencia de las partes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I.-** Constituye el **objeto** de este proceso la resolución de 6 de febrero de 2017 de la Directora Xeral de Recursos Humanos del Servizo Galego de Saúde de la Xunta de Galicia (SERGAS) desestimatoria del recurso de alzada presentado por D<sup>a</sup> **xx xxx** contra la resolución de 28 de septiembre de 2016 del Director de Recursos Humanos de la Xerencia de Xestión Integrada de Ourense, Verín e o Barco de Valdeorras que a su vez desestimó su solicitud de abono de las guardias correspondientes a dos períodos del año 2012 en los se halló en situación de incapacidad temporal por, respectivamente, riesgo durante el embarazo y baja maternal (expte. Lap 10-1090/2016).

**II.-** Alega la recurrente en su **Demanda**, en síntesis, que es personal estatutario del SERGAS, facultativa especialista en ginecología y obstetricia con destino en el Complejo Hospitalario Universitario de Ourense (CHUOU), realizando la jornada de trabajo ordinaria más las correspondientes guardias obligatorias. Señala que permaneció en situación de baja temporal a consecuencia de la maternidad, desde el 20/06/2012 al 15/07/2012, por riesgo durante el embarazo; y del 16/07/2012 al 04/11/2012 por baja maternal. Añade que, sorprendentemente, el SERGAS no le abonó en dichos períodos la retribución correspondiente a las guardias que no pudo desempeñar. Insiste en que con ello se han vulnerado los principios y normativa que, para garantizar una igualdad efectiva entre hombres y mujeres, reconoce una indemnidad económica a las trabajadoras en situaciones de maternidad. Inmunidad que asumió el propio SERGAS en su Circular 18/04. Incide asimismo en que "la retribución de las guardias no tiene la naturaleza de gratificaciones extraordinarias, habida cuenta que los médicos tienen una jornada especial en relación



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

*con los demás funcionarios ... además de la jornada común, y con carácter de normalidad, no como hecho excepcional o extraordinario, han de desarrollar la guardia médica que en el turno de reparto les corresponde>>.*

El SERGAS adujo en su **Contestación**, en resumen, en primer lugar que ninguna norma de rango legal o reglamentario le reconoce expresamente al personal estatutario el derecho a mantener la retribución de las guardias (atención continuada) en las bajas de maternidad o riesgo de embarazo. En segundo lugar, que los pactos suscritos sobre el particular con los representantes de los trabajadores quedaron en suspenso desde el año 2009 en las sucesivas leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia. Dichas leyes sólo permiten cobrar las guardias efectivamente realizadas.

**III.-** Centrados así los términos del debate, con carácter preliminar debe señalarse que últimamente se han promovido en Galicia numerosos procesos contencioso-administrativos con idéntico objeto. La respuesta de los Juzgados Contencioso-Administrativos provinciales ha sido heterogénea. Y no consta ningún precedente idéntico resuelto por la S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad. del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG).

Pues bien, tras el análisis de la normativa vigente en el período concernido (junio-noviembre de 2012) se concluye la necesaria estimación del recurso, por las siguientes razones:

Mediante Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo se instauraron una serie de principios y obligaciones para garantizar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en el desarrollo de su carrera profesional, con una atención especial a las situaciones de embarazo y maternidad de estas últimas (artículos 5 y 8). Se conminó a los poderes públicos a adoptar las medidas necesarias para: *<<La protección de la maternidad, con especial atención a la asunción por la sociedad de los efectos derivados del embarazo, parto y lactancia>>* (artículo 14.7). Y, en lo que aquí importa, se le exigió a las Administraciones Públicas, respecto de sus empleados *<<Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo>>* (artículo 51.f), a fin de *<<Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional>>* (artículo 51.a).

En cumplimiento de dichas prescripciones, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, estableció una prestación económica por maternidad consistente en *<<un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente>>*.

A su vez, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en su disposición adicional octava, obligó a las Administraciones Públicas a *<<Adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral*

*entre hombres y mujeres>>, mediante un plan de igualdad <<a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo>>.*

En ese contexto debe interpretarse el "acuerdo sobre aspectos retributivos y demás condiciones de trabajo del personal facultativo de atención especializada" suscrito por la Consellería de Sanidade con el Sindicato de Médicos de Galicia el 2 de junio de 1995 y la Circular 18/2004, de 4 de junio del Director Xeral de Recursos Humanos del SERGAS que lo desarrolla. En ella se regulan, con un tratamiento claramente diferenciado, dos situaciones distintas del "personal facultativo especialista":

- El que padece una "Baja por incapacidad temporal, como consecuencia de accidentes o enfermedades comunes o profesionales que se produzcan en cualquier lugar del mundo>> (Instrucciones 4ª.a y 6ª.1). Situación que puede afectar tanto a hombres como a mujeres.
- El que tiene una "Baja por maternidad" o una "Baja de riesgo por embarazo" (Instrucciones 4ª.b y c y 6ª.2). Situación que solo afecta a las mujeres.

A ambos facultativos en situación de baja les reconoce el derecho a percibir <<los importes de las guardias no realizadas>> durante el período de baja temporal, si bien con un sistema de cálculo particular y diferenciado para las situaciones de maternidad (parto y embarazo de riesgo).

Pues bien, respecto de esta última situación, que solo afecta a las mujeres, no cabe duda de que con la referida "circular" la Administración demandada se limitó a llevar a efecto los principios y obligaciones establecidos en la normativa de igualdad de género antes citada.

La compensación económica que los facultativos del SERGAS perciben en concepto de "guardias" se integra en sus retribuciones mensuales, constituyendo una parte importante de su sueldo (artículo 43.2.d/ Ley 55/2003, de 16 de diciembre, aprobatoria del Estatuto Marco del personal sanitario). Aunque es cierto que la cuantía no coincide exactamente todos los meses, se trata de una retribución regular y periódica, siendo las guardias obligatorias y programadas. Por eso en la circular se objetiva un sistema de cálculo de las "guardias no realizadas", tomando como referencia el promedio de las guardias efectuadas durante el año anterior al mes en el que se produzca la baja. Como ha señalado la Sª de lo Cont.-Ad. del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 9 de noviembre de 2015 (rec. 148/2013), citando numerosos precedentes:

*<<(…) En el caso de las guardias, el Tribunal Supremo ha descartado que se trate de servicios excepcionales o extraordinarios, formando parte de la jornada normal que han de realizar los funcionarios obligados a ellas. El mismo Alto Tribunal ha admitido la retribución de las guardias mediante el complemento de productividad, pero de esto último no se*



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTIZIA

*sigue, en ningún caso, que ese sistema de retribución de las **guardias** sea único, que excluya otros o que pueda desvirtuar el carácter de normalidad de la prestación del servicio>>.*

**En conclusión, es evidente que si a una facultativa especialista, como es el caso, por la única razón de su embarazo y parto se le priva de un concepto retributivo tan relevante como el de las "guardias" que habitualmente realiza y percibe, se le está causando una discriminación por razón de sexo (art. 14.1 CE). Su legítima decisión de ser madre se encontraría limitada y desincentivada, de manera muy significativa, por la pérdida de una buena parte de sus retribuciones. Dilema en el que nunca se hallarían sus compañeros varones.**

**IV.-** Por otra parte, resulta que en el concreto período en el que se produjo la baja temporal de la demandante (meses de junio-noviembre de 2012) todavía se hallaba en vigor la Ley gallega 1/2012, de 29 de febrero, de medidas temporales en determinadas materias del empleo público de la Comunidad Autónoma de Galicia, en cuyo artículo 2.3 se dispuso que: *<<Los empleados y empleadas públicos percibirán un complemento a la prestación económica para que perciban el 100% de su retribución en las situaciones de: - Maternidad. - Riesgo por embarazo. - Riesgo durante la lactancia natural. - Paternidad.>>*

Dicha disposición legal no da lugar a dudas en su interpretación: se refiere a todas las remuneraciones sin excepción, incluyendo las guardias. Más aún si se aplica el principio hermenéutico establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres conforme al cual: *<<La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas>>*.

**V.-** Es cierto que, como señaló la Letrada del SERGAS en su contestación a la demanda, en las posteriores leyes de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia para los 2013, 2014 y 2015 (art. 22.3 Ley 2/2013, art. 24.3 Ley 11/2013 y art. 24.3 11/2014) se dispuso que: *<<En ningún caso se podrán satisfacer percepciones retributivas o asignaciones económicas, incluyendo las suplementarias o promediadas, derivadas de atención continuada, guardias o concepto equivalente cuando no existiera prestación efectiva de los servicios motivada por situaciones de incapacidad temporal, salvo en aquellos supuestos expresamente contemplados en una norma con rango de ley>>*.

Pero dicha prescripción no es aplicable al concreto caso aquí analizado, por dos motivos distintos, alternativos y complementarios:

En primer lugar porque su entrada en vigor se produjo en fecha posterior a la de la baja de la recurrente (año 2012), careciendo de efecto retroactivo (SS TSJ Galicia de

04/02/2015, 06/04/2016, y 18/05/2016 -recursos de casación en interés de ley núms. 309/2014, 213/215 e 8/2016-).

En segundo lugar, porque han de interpretarse en el sentido de que se refieren a situaciones genéricas de incapacidad temporal, por enfermedad o accidente, comunes por tanto a hombres y mujeres. **El embarazo y el parto que dan causa a la baja temporal ni es una "enfermedad", ni un accidente o siniestro. Es una situación especial que sólo afecta a las mujeres, rigiéndose por normas y principios también especiales cuya finalidad es la de que no padezcan perjuicio laboral alguno por dicha causa.**

Se concluye así que los pactos e instrucciones suscritos por la Administración sanitaria gallega para dar cumplimiento efectivo a la "garantía de indemnidad retributiva" de las mujeres en situación de embarazo o parto, y en especial el relativo al abono de las guardias/atención continuada, mantienen su vigencia y no han sido derogados por esas leyes de presupuestos. El derecho de las facultativas sanitarias a mantener la integridad de sus retribuciones (incluido el complemento de guardias o atención continuada) en situaciones de baja maternal no es de concesión "graciosa", ni "discrecional", sino reglada y obligada.

**VI.-** La misma conclusión alcanzó el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en su reciente e interesante sentencia de 24 de enero de 2017 (rec. 1902/2015), sobre un supuesto prácticamente idéntico a éste: facultativa del Hospital Universitario Príncipe de Asturias que reclama el abono del complemento retributivo por "guardias" que no pudo prestar para evitar riesgos al embarazo. El Alto Tribunal apreció una vulneración del derecho fundamental de la doctora a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, condenando a la demandada a abonarle 1.400 euros mensuales por las guardias dejadas de percibir en ese período, más una indemnización de 6.200 euros por daños morales. Se da aquí por reproducida la fundamentación de dicha sentencia.

**VII.-** En consecuencia se va a estimar íntegramente el recurso. No se realizará expresa condena en costas habida cuenta de los precedentes resueltos con resultados contradictorios por distintos Juzgados de lo Cont.-Ad. de Galicia (art. 139 LJCA).

La cuantía del litigio es inferior a 30.000 euros, por lo que no cabe recurso de apelación, conforme al criterio establecido por la S<sup>a</sup> de lo Cont.-Ad. del TSJ Galicia (Secc. 1<sup>a</sup>) en sus sentencias de 22 de junio de 2016 (rec. 127/2016) y 22 de febrero de 2017 (rec. 322/2016), en casos idénticos a éste.

## **PARTE DISPOSITIVA**

**1º.-** ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> xxx xxx frente a la resolución de 6 de febrero de 2017 de la Directora Xeral de Recursos Humanos del Servizo Galego de Saúde de la Xunta de Galicia (SERGAS) desestimatoria del recurso de alzada presentado contra la resolución de 28 de septiembre de 2016 del Director de Recursos Humanos de la Xerencia de Xestión



Integrada de Ourense, Verín e o Barco de Valdeorras que a su vez desestimó su solicitud de abono de las guardias correspondientes a dos períodos del año 2012 en los se halló en situación de incapacidad temporal por, respectivamente, riesgo durante el embarazo y baja maternal (expte. Lap 10-1090/2016).



ADMINISTRACIÓN  
DE XUSTIZIA

**2º.-** Anular las referidas resoluciones, condenando a la Administración demandada a abonarle a la recurrente el complemento retributivo correspondiente a las guardias/atención continuada por los referidos períodos en que se halló de baja temporal, mediante el sistema de cálculo establecido al efecto en la Circular 18/2004, de 4 de junio de 2004 del Director Xeral de Recursos Humanos del SERGAS.

**3º.-** Sin imposición de costas.

Notifíquesele esta sentencia a las partes del proceso, con la indicación de que contra ella cabe no cabe interponer Recurso de Apelación. Sí cabe, en su caso, recurso de casación, que habrá de prepararse ante este Juzgado en el plazo de 30 días, con cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 86 y ss. de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

